

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles

Mougenot, Dominique

Published in:
DA OR

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2011, 'Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles', *DA OR*, Numéro 98, p. 240-254.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Antigone face aux juges civils

L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles

par Dominique MOUGENOT
Juge au tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux FUNDP Namur

Introduction

1. **Une question d'actualité.** Parmi ses nombreux centres d'intérêts, le professeur Ballon s'est aussi penché sur le droit de la preuve. Il fut d'ailleurs parmi les premiers auteurs à écrire sur l'application, en matière de preuve, des nouvelles technologies de l'information et de la communication⁽¹⁾. Cet article a également été publié dans cette revue⁽²⁾. C'est également dans le domaine de la preuve que j'ai puisé l'inspiration du présent article. Il s'agit de la possibilité pour un juge de se fonder sur un élément de preuve recueilli de manière illicite ou déloyale. L'illicéité doit être appréciée de manière très large puisqu'il peut s'agir de la contrariété à une loi proprement dite mais aussi à une convention internationale (CEDH par exemple) ou encore à la Constitution ou à un principe général de droit. Le sujet est véritablement d'actualité. Les motifs pour l'examiner sont multiples. D'une part, parce que l'administration de la preuve entre de plus en plus en conflit avec des principes ou lois qui visent au respect des droits fondamentaux. D'autre part, parce que l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point pose question.

2. **La licéité de la preuve relève de la recevabilité.** La question de la licéité de la preuve a tendance à se confondre avec celle de sa recevabilité au regard de la loi. *La recevabilité* traite de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice⁽³⁾. La preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée. Le cœur des conditions de recevabilité est

constitué par l'ensemble des règles qui gouvernent l'admissibilité de certains modes de preuve en matière civile. Notre système de preuve est fortement réglementé, du moins en matière civile, de telle sorte que tous les éléments de preuve ne peuvent être utilisés dans n'importe quelle circonstance. L'exemple le plus évident est l'article 1341 du Code civil qui dispose que seule la preuve littérale est recevable pour rapporter la preuve d'un acte juridique entre particuliers dont la valeur dépasse 375 EUR.

Toutefois, plus largement, on peut aussi considérer que relève de la recevabilité des preuves, l'interdiction de recourir à des modes de preuve violant des règles externes au droit de la preuve, telles que le secret professionnel ou la vie privée⁽⁴⁾. Dans cette hypothèse, la preuve proposée est conforme aux règles propres au droit de la preuve. Le problème consiste à vérifier si cette preuve, en principe admissible aux yeux du Code civil, ne viole pas une autre règle ou un principe général étranger au droit de la preuve, ce qui conduirait à son rejet en tant qu'instrument de preuve. Par exemple, la preuve de la conclusion d'un contrat par échange de lettres missives est admise. Mais le problème peut être ailleurs : la partie qui invoque cette correspondance est-elle entrée régulièrement en sa possession ? C'est de cette question que je vais traiter. C'est donc une facette de la recevabilité des preuves.

3. **L'encadrement légal de l'administration de la preuve.** L'administration de la preuve est de plus en plus encadrée par des

(1) G.-L. BALLON, *Het bewijs en de moderne technieken*, Centrum voor beroepsvervolmaking in de Rechten, 1989, Antwerpen, Universitaire Instelling.

(2) D.A. O.R., 1990/14, pp. 65 à 102.

(3) D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 14-1.

(4) J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° «Preuve», 2^e éd., 2002, n° 1074.

lois ou principes qui en délimitent le champ. On peut citer, sans vouloir être exhaustif :

- le principe du respect de la vie privée en général, garanti par la CEDH et la Constitution;
- le principe du procès équitable, garanti par la CEDH et matérialisé par un certain nombre de dispositions du Code judiciaire;
- les règles relatives au secret professionnel;
- les règles relatives au secret des correspondances;
- les règles relatives à la protection du secret des affaires (qui relève en réalité du droit au respect de la vie privée dans le domaine des affaires);
- les dispositions du Code judiciaire qui traitent des procédures de collecte des preuves (enquête, expertise, saisie en matière de contrefaçon);
- la loi du 8 décembre 1992 concernant la protection de la vie privée contre les traitements de données à caractère personnel;
- la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques;
- la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé;
- la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, telle que modifiée par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses;
- la convention collective de travail n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée à l'égard de la surveillance par caméra sur le lieu du travail;
- la convention collective de travail n° 81 du 26 avril 2002, rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communications électroniques en réseau;
- la convention collective de travail n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail;

- la convention collective de travail n° 100 du 1^{er} avril 2009 concernant la mise en œuvre d'une politique préventive en matière d'alcool et de drogues dans l'entreprise,...

Vu l'accroissement de cette réglementation, le risque qu'un élément de preuve soit recueilli en violation d'une loi ou d'un principe général est en augmentation. Beaucoup de ces règlements touchent à la sphère du droit du travail et la jurisprudence est fournie dans ce domaine. Toutefois, les problèmes se posent également en droit des assurances (preuve de fraudes à l'assurance), en matière familiale (preuve de fautes commises par un conjoint ou un compagnon, même si la disparition du divorce pour faute a considérablement dégonflé ce contentieux), en matière commerciale (preuve de manquements commis par un cocontractant, d'actes de concurrence déloyale...).

4. Les preuves recueillies de manière déloyale. Dans les cas exposés ci-dessus, on peut véritablement parler de preuve illicite, car leur obtention se réalise par le biais d'une violation de la loi. Au-delà de *l'illicéité* manifeste, se pose également la question de la *loyauté* de la procédure d'administration de la preuve. Ce principe a souvent conduit les tribunaux à écarter les preuves recueillies à l'insu de la personne observée. En droit pénal, la loyauté dans la recherche et l'administration des preuves est reconnue comme un principe général de droit ⁽⁵⁾. Un tel principe n'a jamais été affirmé comme tel par la Cour de cassation en matière civile. Il n'en reste pas moins que le principe de loyauté est sous-jacent dans toute la matière des preuves ⁽⁶⁾. Un sort identique sera donc réservé, dans la doctrine et la jurisprudence classiques, aux preuves illégales et aux preuves recueillies de manière déloyale.

I. Le sort réservé aux preuves illicites ou déloyales

5. La jurisprudence classique : l'exclusion des preuves recueillies de manière il-

⁽⁵⁾ Cass., 25 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, 1273; Cass., 5 mars 2003, *Pas.*, 2003, I, 464, *J.T.*, 2003, 464; Cass., 3 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, 589.

⁽⁶⁾ J.-B. DENIS, «Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil», *R.T.D.Civ.*, 1977, p. 671; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 18; L. RAISON-RÉBUFAT, «La loyauté en droit de la preuve», *Gaz. Pal.*, 27 juillet 2002, pp. 1195 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 56.

licite ou déloyale. De manière classique, les preuves recueillies de manière illégale ou déloyale étaient écartées par les tribunaux, que ce soit en matière civile ou pénale⁽⁷⁾. En matière pénale, ce courant jurisprudentiel remonte à l'arrêt *Rucloux* en 1923⁽⁸⁾.

En outre, tous les éléments de preuve qui se fondent sur l'instrument de preuve illicite et en découlent doivent également être écartés par voie de conséquence⁽⁹⁾. C'est la doctrine du «*fruit of the poisonous tree*». De même que l'arbre empoisonné ne peut donner que des fruits toxiques, la preuve illégale ne peut engendrer que des modes de preuve illégaux. Ainsi l'aveu obtenu d'un travailleur, confronté au résultat d'une fouille irrégulière de ses effets personnels, ne peut-il être retenu⁽¹⁰⁾. En revanche, le juge peut parfaitement se fonder sur d'autres éléments de preuve, qui ne sont pas affectés d'un pareil vice⁽¹¹⁾.

À ce sujet, la doctrine distingue les preuves illicites en soi et les preuves recueillies de manière illicite⁽¹²⁾. Les premières ont été constituées en violation de la loi (un faux en écriture par exemple), les secondes sont licites en soi mais sont parvenues de manière illicite dans les mains de leur utilisateur (violation du secret professionnel ou du secret des correspondances par exemple). La différence se marque au niveau de la détermination des personnes autorisées à utiliser ces instruments de preuve. Pour les éléments de preuve illicites

in se, l'illégalité résulte de l'existence même de l'instrument de preuve, de telle sorte que personne ne sera autorisé à l'utiliser. Si c'est le mode d'appropriation de l'instrument de preuve qui est en cause, toute personne qui sera entrée en possession de cet élément de preuve sans violer la loi pourra l'utiliser.

L'écartement des preuves est une sanction radicale qui a le mérite de décourager tout dérapage : toute personne qui constitue ou s'approprie un élément de preuve de manière illégale ou déloyale doit savoir que sa démarche sera inutile puisque cette preuve restera inutilisable devant les tribunaux.

6. Le revirement de jurisprudence : l'arrêt *Antigoon*. Un revirement important s'est toutefois marqué dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière pénale⁽¹³⁾. Le premier de ces arrêts, rendu dans le cadre d'une opération policière dénommée «*Antigoon*», a donné un nom à ce courant jurisprudentiel⁽¹⁴⁾. Les juges du fond avaient dû rencontrer l'argument résultant du caractère illicite de la fouille d'un véhicule réalisée par les policiers. La Cour rejette le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui avait refusé d'exclure les preuves recueillies à l'occasion de cette fouille. La motivation de l'arrêt de cassation est lapidaire et a manifestement valeur de principe :

«La circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uni-

(7) En matière pénale, voy. la jurisprudence citée par F. KUTY, «La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale», in *La preuve, questions spéciales*, formation permanente CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 7 et s., n^{os} 5 et s.; M.-A. BEERNAERT, «La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites», *J.L.M.B.*, 2005, p. 1094; en matière civile, voy. la jurisprudence citée par B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, «Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht», *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n^o 18; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n^o 56; en matière sociale, voy. F. HENDRICKX, «Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag : (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?», *Rev. dr. soc.*, 2006, p. 671.

(8) Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, I, 66.

(9) Voy. pour un rappel récent : Cass., 30 mars 2010, R.G. P.09.1789.N, *T. Strafr.*, 2010, 276, note BEIRNAERT.

(10) Trib. trav. Nivelles, 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, 181; voy. aussi : C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 143; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, 177; *R.D.T.L.*, 2008, 229, note GILSON et ROSIER.

(11) Cass., 30 mars 2010, précité. Voy. aussi C.E.D.H., 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, arrêt qui tourne tout entier autour de la problématique de la distinction entre preuves irrégulières et preuves indépendantes, qui pourraient donc être retenues.

(12) B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, *op. cit.*, pp. 41 et s.; B. ALLEMEERSCH, «De heimelijke opname van een eigen (telefoon) gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen», *D.A. O.R.*, n^o 83, 2007, pp. 333 et s.

(13) En réalité, ce revirement avait été précédé, dans les années nonante, d'un certain assouplissement de la jurisprudence classique. Je n'aborderai pas cette question, qui intéresse davantage les pénalistes, et renvoie, sur ce point, aux articles de F. KUTY et M.-A. BEERNAERT cités ci-dessus.

(14) Cass., 14 octobre 2003, *NjW.*, 2003, 1367; *Pas.*, 2003, I, 1607, concl. DE SWAEF; *RABG.*, 2004, 333, note SCHUERMANS; *R.C.J.B.*, 2004, 405, note KUTY; *Rev. dr. pén.*, 2004, 617, concl. DE SWAEF; *R.W.*, 2003-04, 814, concl. DE SWAEF; *T. Strafr.*, 2004, 129, note TRAEEST.

quement pour conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable».

Dans cet arrêt, la Cour inverse donc totalement la perspective. D'une irrégularité de principe, on passe à une admissibilité de principe, sous la réserve des trois cas cités par la Cour.

7. Les suites de l'arrêt *Antigone* en matière pénale. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises par la suite⁽¹⁵⁾. En particulier, les décisions des chambres néerlandophones de la Cour ont été suivies par les chambres francophones dans l'arrêt *Chocolatier Manon*⁽¹⁶⁾. Cet arrêt ajoute de nouveaux critères d'appréciation :

«Lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité, le juge peut, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise

est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée».

Depuis lors, la jurisprudence de la Cour en matière pénale n'a plus changé de cap⁽¹⁷⁾.

II. L'application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile

8. Opportunité de transposer la jurisprudence *Antigone* en matière civile. La doctrine est apparue divisée quant à l'application de cette jurisprudence dans des rapports purement privés⁽¹⁸⁾. Peut-on se fonder sur des motifs de principe pour considérer que l'extension de la jurisprudence *Antigone* à la matière civile s'impose? Il est difficile d'énoncer des règles claires à ce sujet, tant les principes applicables s'opposent et s'interpénètrent.

Certains auteurs ont relevé la discordance entre droit civil et droit pénal, avec cet effet gênant que les preuves seraient appréciées différemment suivant que le demandeur fait choix de déposer plainte ou d'agir au civil⁽¹⁹⁾. Toutefois, la simple constatation que les règles de l'administration de la preuve sont différentes en matière pénale et en matière ci-

⁽¹⁵⁾ Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1795, concl. M.P.; *RABG*, 2005, 504, avis DUINSLAEGER; *R.C. J.B.*, 2007, 36, note VAN MEERBEECK et MAHIEU; *R.W.*, 2005-06, 387, note POPELIER; *T. Strafr.*, 2005, 285, note VERSTRAETEN et DE DECKER; Cass., 16 novembre 2004, *NjW*, 2005, 587; *Pas.*, 2004, I, 1802, concl. M.P.; *RABG*, 2005, 511, avis DUINSLAEGER, note SCHUERMANS; *R.C. J.B.*, 2007, 36 et 40, note VAN MEERBEECK et MAHIEU; *Rev. dr. pén.*, 2005 (abrégé), 665, note DE VALKENEEER; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, 500; *RABG*, 2004, 1061, note SCHUERMANS; *Rev. dr. pén.*, 2005 (abrégé), 661, note DE VALKENEEER.

⁽¹⁶⁾ Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, 211; *J.L.M.B.*, 2005, 1086, note BEERNAERT; *Journ. proc.*, 2005, 23, concl. VANDERMEERSCH, note TOUSSAINT; *Pas.*, 2005, I, 505, concl. VANDERMEERSCH; *RABG*, 2005, 1161, concl. M.P., note BERNEMAN; *Rev. dr. pén.*, 2005, 668, concl. VANDERMEERSCH, note DE VALKENEEER; *Chron. D.S.*, 2006, 10, note. Cet arrêt fait suite à un autre arrêt du 9 juin 2004, rendu dans la même affaire, qui paraissait rester fidèle à la jurisprudence traditionnelle.

⁽¹⁷⁾ Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, 109; *J.L.M.B.*, 2006, 585, note; *Pas.*, 2005, I, 1904; *Rev. dr. pén.*, 2006, 211; *T. Strafr.*, 2006, 25, note VERBRUGGEN; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, I, 2437; *Chron. D.S.*, 2008 (sommaire), 379, note; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, 2226; *R.W.*, 2008-09, 110 note DE SMET; *T. Strafr.*, 2008, 274; Cass., 23 mars 2010, R.G. P.10.0474.N.

⁽¹⁸⁾ Voy. notamment : J.-Fr. LECLERCQ et D. DE ROY, «La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de protection de la vie privée dans le cadre des relations de travail», in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2005, pp. 12-13; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, «Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise», in *Actualités du droit de la vie privée*, Formation permanente UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32; K. WAGNER, «Actualia burgerlijk bewijsrecht», *R.D. J.P.*, 2009, pp. 153 et s.; D. MOUGENOT, «Humphrey Bogart au XXI^e siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé», *R.R.D.*, 2008, pp. 242 et s., n° 6; F. HENDRICKX, *op. cit.*

⁽¹⁹⁾ B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte», *Gerechtigd recht*, Formation permanente Themis, n° 59, Bruges, La Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 31.

vile est insuffisante, à elle seule, pour conclure à l'existence d'une discrimination injustifiée. Encore faut-il démontrer que cette différence de traitement ne repose pas sur une justification raisonnable. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les impératifs du procès équitable n'étaient pas les mêmes en procédure civile et procédure pénale⁽²⁰⁾. Toutefois, cela devrait entraîner une application des règles du procès équitable plus stricte en matière pénale qu'en matière civile, et pas l'inverse⁽²¹⁾. En France, la jurisprudence de la Cour de cassation relative au traitement des preuves illicites est différente en matière civile et en matière pénale. Si la Cour admet quelques assouplissements à l'exigence de licéité des preuves en procédure pénale, elle reste très stricte sur cette question en matière civile⁽²²⁾. Donc, on ne peut décider, par principe, que l'application de règles différentes en matière de preuve pénale et civile est nécessairement injustifiée.

Si on veut aller plus loin et rechercher si une différence de traitement des preuves illégales en droit pénal et en droit civil est légitime, on va buter sur un conflit de principes. Tout est question d'angle de vue. La matière pénale est d'ordre public. Cela justifierait que, dans le cadre de la répression des infractions, des irrégularités mineures affectant les preuves recueillies ne soient pas retenues, au regard de cet objectif majeur qu'est la protection de la population contre les infractions⁽²³⁾. Cette justification ne serait pas de mise dans le cadre de manquements affectant des relations entre personnes privées. Mais, sous un autre angle, on pourrait rétorquer que, si l'on admet que des preuves recueillies illégalement peuvent être utilisées pour priver des individus de liberté, pourquoi empê-

cher l'utilisation de ces preuves pour infliger des sanctions nettement moins contraignantes, telles que l'allocation de dommages-intérêts ou la résolution d'une convention⁽²⁴⁾? Par ailleurs, si la matière civile et commerciale ne touche en général qu'à des intérêts privés, il ne faut pas gratter très profondément pour faire réapparaître l'ordre public. La protection des intérêts particuliers peut servir l'intérêt général⁽²⁵⁾. Ainsi, on ne pourrait admettre que des fraudes généralisées remettent en cause la force obligatoire des conventions parce que cela minerait l'ensemble des relations économiques entre individus et entreprises. Ce sont donc les règles de base de la vie en société qui seraient en danger.

Enfin, plusieurs auteurs ont fait observer qu'une trop grande sévérité dans l'exclusion des preuves illicites gomme complètement les manquements ou déloyautés commis par la personne contre qui on veut prouver⁽²⁶⁾. À tout le moins, la jurisprudence *Antigone* a le mérite d'éviter que des filous n'empochent les résultats de leur activité frauduleuse. Mais, en excluant cette sanction particulièrement efficace qu'est l'écartement de la preuve illicite, ne va-t-on pas assister à des excès? Une partie pourrait spéculer sur l'avantage qu'elle pourra tirer de l'utilisation d'une preuve illicite, avantage parfois bien faiblement contrebalancé par la peur d'une improbable sanction pénale ou de dommages-intérêts sans commune mesure avec les bénéfices de l'opération.

Autant sur le plan juridique que sur le plan moral, on peut donc trouver d'excellentes raisons de privilégier l'une ou l'autre solution. Il est donc difficile de raisonner d'une manière purement théorique. Il faut plonger, adopter

⁽²⁰⁾ C.E.D.H., 27 octobre 1993, *Dombo Bebeer BV c. Pays-Bas*, §32.

⁽²¹⁾ C.E.D.H., 9 mars 2004, *Pitkänen c. Finlande*, §59.

⁽²²⁾ Ph. BONFILS, note sous Cass. fr., 2 octobre 2004, *Dall.*, 2005, p. 124; J. MESTRE et B. FAGES, «Examen de jurisprudence – obligations en général», *R.T.D.Civ.*, 2005, p. 135; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et al., *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2009, 5^e éd., n^{os} 543 et 544.

⁽²³⁾ V. PERROCHEAU, «Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves», *Petites Affiches*, 2002, pp. 6 et s., spéc. p. 12.

⁽²⁴⁾ F. KEFER, «Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves», *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n^o 24.

⁽²⁵⁾ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, n^o 198.

⁽²⁶⁾ B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken...», *op. cit.*, n^{os} 28 et s.; K. WAGNER, *op. cit.*, p. 156; V. PERROCHEAU, *op. cit.*, p. 12; Th. LÉONARD et K. ROSIER, «La jurisprudence 'Antigoon' face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse?», *R.D.T.I.*, 2009, pp. 5 et s., n^o 5.

l'une ou l'autre position, puis... en assumer les conséquences.

9. La jurisprudence des juges du fond en matière civile après le prononcé de l'arrêt *Antigone*. Le moins que l'on puisse dire est que la jurisprudence *Antigone* n'a pas provoqué beaucoup de vagues auprès des juridictions civiles. La plupart ont continué à appliquer la jurisprudence classique écartant les preuves illicites⁽²⁷⁾. Certaines juridictions ont pris la peine d'indiquer que la jurisprudence *Antigone* n'était pas transposable et ne concernait que la matière pénale⁽²⁸⁾.

Ceci dit, on observe également, durant cette période, un nombre croissant de décisions qui considèrent que le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu et que son invocation ne peut justifier un rejet systématique des preuves qui pourraient y porter atteinte⁽²⁹⁾. Dans le cours du raisonnement, on se situe à un stade préalable à l'application de la jurisprudence *Antigone*. Il ne s'agit pas ici de déterminer le sort à réserver à une preuve déclarée illégale ou déloyale mais de vérifier s'il y a bien illégalité ou déloyauté. Il est cependant intéressant de constater que, dans ce questionnement, la jurisprudence procède à une balance des intérêts en présence, ce qui est typiquement une démarche à laquelle invite la jurisprudence *Antigone*.

10. L'arrêt de cassation du 10 mars 2008. Un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 va toutefois faire progresser le débat⁽³⁰⁾.

Cette fois, on se situe en matière chômage. Un chômeur est sanctionné par l'ONEM parce qu'il travaille en noir. Il apparaît que l'ONEM s'est fondé sur un procès verbal de

police, qui lui a été communiqué sans autorisation du procureur général. Les juges du fond ont annulé la décision de l'ONEM au motif qu'elle se fonde sur une preuve illégale. Sur pourvoi de l'ONEM, la Cour casse l'arrêt en reprenant la motivation suivante :

«Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable.

Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'in-

⁽²⁷⁾ C. trav. Bruxelles, 10 février 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 141; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chron. D.S.*, 2006, 143; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2006, 1507; T. pol. Bruges, 15 septembre 2005, *T.G.R.*, 2005, 334; Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, 117; Gand, 11 février 2006, *T.G.R.*, 2006, 117; Gand, 6 septembre 2006, *D.A. O.R.*, 2007, 326; C. trav. Liège (section Namur), 11 janvier 2007, R.G. 8038/06, www.juridat.be; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, 177; *R.D.T.I.*, 2008, 229, note GILSON et ROSIER; C. trav. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, 229, note GILSON et ROSIER; *R.G.C.F.*, 2008, 463. Voy. aussi, en matière disciplinaire : Conseil appel Ordre des médecins, 22 décembre 2003, *NjW*, 2004, 493, note BREWAEYS.

⁽²⁸⁾ C. trav. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, 392; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389.

⁽²⁹⁾ J.P. Mouscron, 7 avril 2003, *Rev. dr. rur.*, 2003, 151; Mons, 17 février 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 598; *J.L.M.B.*, 2004, 1672; Comm. Courtrai, 24 juin 2004, *D.A. O.R.*, 2007, 331, note ALLEMEERSCH; Mons, 23 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, 994; Mons, 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, 1055; Gand, 16 juin 2005, *RABG*, 2006, 485, note GOVAERTS; *T.G.R.*, 2005, 339; Gand, 13 octobre 2005, *T.G.R.*, 2006, 14; Civ. Malines, 4 janvier 2007, *R.D.J.P.*, 2008, 247; Anvers, 19 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 416; *R.W.*, 2008-09, 1558, note Aps; *R.D.J.P.*, 2008, 235; Civ. Arlon, 10 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 437.

⁽³⁰⁾ Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, 580, note R. DE BAERDEMAEKER; *NjW*, 2010, 195, note K. VAN KILDONCK; *Ors.*, 2008 (reflet I. PLETS), 27; *Pas.*, 2008, I, 652; *R.C.J.B.*, 2009, 325, note F. KEFER.

fraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction».

11. L'étendue du champ d'application de l'arrêt. La plupart des commentateurs considèrent qu'il s'agit d'un arrêt de principe, appelé à s'appliquer de manière générale en droit civil⁽³¹⁾. La décision attaquée indiquait expressément que la jurisprudence *Antigone* était inapplicable en matière civile, alors que le moyen lui reprochait d'avoir nié la dimension d'ordre public du droit de la sécurité sociale. Il est vrai que la Cour n'entre absolument pas dans ces considérations, ce qui aurait pu démontrer son intention de limiter son enseignement à la sécurité sociale. Au contraire, elle énonce le principe de manière tout à fait générale.

Je persiste toutefois à nourrir des doutes sur la portée de l'arrêt. Il traite d'une infraction à la réglementation du chômage. On se situe dans une matière d'ordre public, de nature quasi pénale⁽³²⁾. La Cour ferait-elle preuve d'une même indulgence à l'égard de preuves recueillies illicitement dans un litige qui ne touche qu'à des intérêts purement privés? La manière dont la Cour s'est exprimée est troublante. Il s'agit d'un véritable «copier-coller» de la motivation des arrêts prononcés en matière pénale. Ainsi, la Cour fait-elle référence à «l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions» ou à «l'élément matériel de l'infraction», termes qui ressortissent manifestement de la sphère pénale. Le terme «infraction» lui-même devrait être remplacé dans bon nombre de cas par une terminologie plus adaptée : manquements ou fautes, par exemple. Dans les rapports privés, il n'y a pas d'autorité chargée de la recherche des infractions, alors qu'elles existent en matière de chômage. Dans le contexte précis de l'arrêt, l'expression pouvait donc se justifier. Cette

formulation plaide donc plutôt pour une portée plus limitée de l'arrêt.

12. L'arrêt de cassation du 10 novembre 2008. C'est évidemment la répétition de cette jurisprudence qui permettra de lever tous les doutes à ce sujet. Dans le cadre de la jurisprudence *Antigone*, les chambres francophones de la Cour avaient assez rapidement suivi les chambres néerlandophones qui ont prononcé les premiers arrêts. En matière civile toutefois, un arrêt en français, prononcé le 10 novembre 2008⁽³³⁾, a pu donner l'impression que la Cour abandonnait la percée de l'arrêt du 10 mars 2008 et revenait à une jurisprudence plus classique. En l'occurrence, elle avait écarté une correspondance, au motif que la partie qui l'invoquait ne démontrait pas qu'elle était entrée régulièrement en possession de cette pièce.

Certains commentateurs invitent à la prudence dans l'interprétation de cet arrêt⁽³⁴⁾. En effet, le moyen soulevé ne se fondait pas du tout sur la jurisprudence *Antigone* mais partait, au contraire, du principe que les preuves recueillies irrégulièrement doivent être écartées. Selon ces auteurs, la Cour, guidée par le moyen, n'a donc pas véritablement eu à se prononcer sur l'utilisation d'une preuve illicite. Je pense cependant que rien ne l'empêchait de rejeter le moyen comme manquant en droit si elle estimait que le présumé de base du moyen n'était pas conforme à l'état du droit⁽³⁵⁾. Il y a donc, à mon sens, une véritable discordance entre les deux arrêts.

Cette divergence de vue est-elle vraiment irréconciliable? Oui, si on considère que l'arrêt de mars 2008 est un arrêt de principe, qui a vocation à s'appliquer à toute la sphère civile. Non, si on cantonne la portée de cet arrêt à une matière, civile certes, mais touchant à l'ordre public et sanctionnée pénalement. Ce ne serait pas la première fois que la Cour

⁽³¹⁾ F. KEFER, *op. cit.*, n° 9; R. DE BAERDEMAEKER, «Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens...», *J.L.M.B.*, 2009, p. 585; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, *op. cit.*, n° 32; I. VERHELST et N. THOELEN, «Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs», *Ors*, 2008, pp. 197 et s., spéc. p. 205.

⁽³²⁾ S. GILSON et K. ROSIER, «La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore», *Chron. D.S.*, 2010, pp. 289 et s., n° 3; Th. LÉONARD et K. ROSIER, *op. cit.*, n° 3.

⁽³³⁾ *J.L.M.B.*, 2009, 347; *J.T.T.*, 2009, 18.

⁽³⁴⁾ F. KEFER, *op. cit.*, n° 10; B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken...», *op. cit.*, n° 36; à l'inverse, K. VAN KILDONCK considère que cet arrêt indique que les chambres francophones se démarquent de la jurisprudence Antigone en matière civile, «Privacy werknemers», *NjW*, 2010, pp. 180 et s., n° 10.

⁽³⁵⁾ Je remercie au passage J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK pour ses réflexions avisées sur ce point.

de cassation pratiquerait une distinction entre matières relevant ou non de l'ordre public : cette distinction est reconnue en matière de prescription (le pouvoir du juge de soulever d'office le moyen tiré de la prescription varie suivant que la matière est ou non d'ordre public⁽³⁶⁾), en matière de charge de la preuve (la charge de la preuve incombe toujours à la partie qui, au civil, reproche une faute constitutive d'infraction pénale⁽³⁷⁾) ou encore d'autorité de chose jugée (à nouveau, le juge peut soulever le moyen d'office si la matière relève de l'ordre public⁽³⁸⁾). Il ne serait donc pas étonnant qu'un raisonnement de cet ordre voie le jour en matière d'utilisation de preuves irrégulières. Sans indice complémentaire de la volonté de la Cour de cassation, on ne peut toutefois conclure avec certitude que c'est cette interprétation qui doit prévaloir.

13. La jurisprudence des juges du fond en matière civile après l'arrêt du 10 mars 2008. Cette fois, le tableau est différent. La plupart des juges du fond confrontés à la question ont fait application de l'arrêt du 10 mars 2008, parfois au terme d'un examen assez circonstancié.

Dans un arrêt du 1^{er} septembre 2008⁽³⁹⁾, le tribunal du travail de Gand a refusé d'écarter des courriels, obtenus par l'employeur en violation de la C.C.T. n° 81, parce qu'aucune formalité prescrite à peine de nullité n'avait été méconnue, que la fiabilité de la preuve n'était pas entamée et que le droit au procès équitable avait été respecté.

Dans un arrêt du 2 septembre 2008⁽⁴⁰⁾, la cour du travail d'Anvers a abouti à la conclusion que le contrôle de l'ordinateur d'un travailleur par l'employeur, *in casu*, n'était pas illicite. Elle ajoute toutefois que, quand bien même la preuve serait illégale, la Cour ne

pourrait l'écarter sans appliquer le test de la jurisprudence *Antigone*.

Dans un arrêt du 14 septembre 2009⁽⁴¹⁾, la cour du travail de Mons a rappelé qu'une preuve illicitement recueillie ne peut être écartée sans autre formalité. Elle ne peut l'être que si elle révèle un vice qui affecte sa fiabilité ou compromet le droit à un procès équitable. La Cour considère qu'un enregistrement effectué en dehors de toute sphère privée ne compromet pas le droit au procès équitable.

La cour du travail de Liège, dans un arrêt du 20 septembre 2010⁽⁴²⁾, a considéré que le juge peut recevoir une preuve contraire à la C.C.T. n° 81 du 26 avril 2002 relative à l'information préalable des travailleurs, dès lors qu'aucune formalité prescrite à peine de nullité n'a été violée et que la manière dont l'employeur a pris connaissance du courriel n'affecte celui-ci d'aucun vice nuisible à sa crédibilité et ne prive pas l'employé du droit à un procès équitable. Plus spécifiquement, en ce qui concerne ce dernier critère, la Cour constate que le contradictoire a été respecté et que l'égalité des armes a été garantie.

Dans un arrêt du 14 décembre 2010, la cour du travail de Liège⁽⁴³⁾, s'est clairement appropriée l'enseignement de l'arrêt du 10 mars 2008, ainsi que le commentaire qui en a été fait par F. Kefer dans la *Revue critique de jurisprudence belge*. Toutefois, appliquant le raisonnement aux faits, la Cour constate que le vol perpétré en vue de s'approprier des éléments de preuve constitue une infraction trop grave pour légitimer l'usage de ces moyens de preuve. Cette décision est intéressante car elle constitue l'un des premiers cas où, malgré l'application du test Antigone, les preuves ont été rejetées. La cour d'appel de Mons s'est

⁽³⁶⁾ M. DUPONT, « Prescription et forclusion, aspects procéduraux », in *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 234 et s.

⁽³⁷⁾ Cass., 11 juin 2010, C.09.0178.F; Cass., 7 mars 2005, *R.W.*, 2005-2006, 785; Cass., 30 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1441; Cass., 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, I, 1.

⁽³⁸⁾ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le régime de l'exception de chose jugée », in *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 194 et s.

⁽³⁹⁾ Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. 175054/06, www.juridat.be, également cité par K. VAN KILDONCK, *op. cit.*, n° 20.

⁽⁴⁰⁾ Inédit, cité par K. VAN KILDONCK, *op. cit.*, n°s 18 et 19.

⁽⁴¹⁾ C. trav. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, 535.

⁽⁴²⁾ C. trav. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, 1899.

⁽⁴³⁾ C. trav. Liège, 14 décembre 2010, R.G. 2009/AN/8833, www.juridat.be.

également prononcée dans ce sens, dans un arrêt qui sera analysé plus loin (*infra*, n° 19).

Certaines décisions n'ont pas fait usage du test Antigone⁽⁴⁴⁾. Mais elles ont été rendues peu de temps après le prononcé de l'arrêt du 10 mars 2008. Peut-être les juges n'étaient-ils pas informés de cette décision. En revanche, on trouve une décision de la Cour du travail de Bruxelles qui rejette explicitement l'application de cet arrêt mais sur le constat erroné qu'il a été rendu en matière pénale⁽⁴⁵⁾.

III. Les critères Antigone sont-ils pertinents en matière civile ?

14. Le principe général. Quoi qu'il en soit, si, comme la majorité des auteurs le pense, l'arrêt du 10 mars 2008 marque effectivement l'aube d'une application générale de la jurisprudence *Antigone* en matière civile, il convient alors d'examiner de plus près les critères d'appréciation proposés par la Cour dans cette décision.

Le principe général est énoncé comme suit :

«Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise».

Cette formulation invite donc à réaliser une balance des intérêts, sachant que la situation se présente différemment dans la sphère pénale. Il ne s'agit plus ici de comparer l'intérêt général, qui commande une répression efficace des infractions, à la règle ou au principe violé dans le cadre de l'administration de la preuve. Il s'agira ici de peser les intérêts des deux parties.

15. Les critères complémentaires. Quels indices supplémentaires la Cour fournit-elle dans le cadre de cet examen ?

«Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable».

La formulation (sauf... ne peut être écartée que...) permet de conclure qu'il s'agit de critères exhaustifs : les trois cas cités (violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, preuve non fiable, atteinte au droit à un procès équitable) représentent donc les seules hypothèses dans lesquelles une preuve illégale ne pourra pas être retenue. On constate ainsi un renforcement des critères mentionnés initialement dans l'arrêt *Antigone*. Dans cet arrêt, on pouvait comprendre que l'énumération n'était qu'exemplative. Le passage d'une énumération exemplative à une énumération limitative s'est opéré dans l'arrêt du 23 mars 2004. Cette formulation fut reprise ultérieurement dans l'arrêt *Chocolatier Manon*, puis transposée au civil dans l'arrêt du 10 mars 2008.

16. Le non-respect des formes prescrites à peine de nullité. En ce qui concerne l'administration de la preuve en matière civile, il existe très peu de formalités prescrites à peine de nullité. Le droit judiciaire prévoit des cas de nullité en matière d'expertise (absence de signature ou de formule de serment, contrariété à la loi de 1935 sur l'emploi des langues) ou d'enquête (art. 961 du C. jud.). En dehors de ces cas, on n'aperçoit pas comment le mode d'obtention d'un instrument de preuve pourrait conduire à son annulation. C'est dire que les cas où le juge devra écarter une preuve parce qu'elle aura été recueillie en violation de formalités prescrites à peine de nullité ne sont pas légion.

La manière dont la phrase est tournée donne à penser que le pouvoir d'appréciation du juge est limité lorsqu'il y a violation d'une formalité prescrite à peine de nullité. En effet,

⁽⁴⁴⁾ C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, 236, note MOUGENOT; Trib. trav. Liège, 9 septembre 2008, *R.G.* 371.015, www.juridat.be.

⁽⁴⁵⁾ C. trav. Bruxelles, 5 novembre 2009, *R.G.* 2009/AB/52381, www.juridat.be. C'est bien la démonstration que la terminologie utilisée par la Cour de cassation prête à confusion !

dans ce cas, le juge n'a pas à vérifier si l'obtention de la preuve est viciée. Cette affirmation est troublante parce que, en procédure civile, le pouvoir d'appréciation du juge en matière de nullité est en principe bien plus grand qu'en matière pénale. D'une part, le droit judiciaire privé connaît la distinction entre nullité absolue et nullité relative, inconnue en procédure pénale, où tout est d'ordre public. Le juge peut donc apprécier si la nullité cause un grief à celui qui l'invoque. D'autre part, l'article 867 du Code judiciaire autorise le juge à couvrir la nullité si le but poursuivi par le législateur a été atteint ou si le respect de la formalité ressort d'autres éléments du dossier. Sur ce point également, le pouvoir d'appréciation du juge est entier. Dans ces conditions, on ne comprend pas bien la formulation employée par la Cour. S'agit-il d'une transposition sans nuance de la formulation pénale ?

17. L'absence de fiabilité de la preuve. À défaut, le juge doit vérifier si le vice dans l'obtention de la preuve ne porte pas atteinte à sa crédibilité. Plusieurs commentateurs ont fait observer que, si certains modes de preuve sont peu fiables et offrent une valeur probante moyenne ou limitée, cela tient aux limites intrinsèques de ces modes de preuve et non à l'irrégularité commise durant l'administration de la preuve⁽⁴⁶⁾. Dans l'état actuel de la technique, un enregistrement vidéo peut être falsifié. Il convient donc d'apprécier avec prudence les conséquences que l'on peut tirer d'une telle preuve. Mais cette conclusion sera identique que l'enregistrement ait été réalisé irrégulièrement ou dans le respect de la réglementation en vigueur. Dans certains cas, les preuves recueillies de manière illicite pourront même apparaître irréfutables : il en va ainsi des traces laissées par un travailleur dans le système informatique de son employeur⁽⁴⁷⁾.

En revanche, certains modes de preuve seront affectés par un vice affectant la manière dont ils sont recueillis. La question est claire pour les aveux obtenus par la contrainte. De même, si on

peut démontrer que certaines mentions d'un acte sont fausses, fussent-elles secondaires, c'est toute la crédibilité de l'acte qui est ruinée.

Ce débat aurait de toute façon dû s'instaurer, que la preuve soit irrégulière ou non. Une preuve non fiable ne sera jamais utilisée par le juge, quel que soit le motif qui prive cette preuve de son efficacité : peu importe qu'il s'agisse d'une faiblesse intrinsèque du mode de preuve invoqué ou d'une faiblesse acquise, résultant de la manière dont la preuve a été recueillie. Sur un plan théorique, on peut effectivement distinguer deux stades successifs du raisonnement :

- l'écartement d'une preuve illégale relève de la recevabilité de la preuve ; c'est la première étape ; une preuve irrecevable est rejetée sans autre examen ;
- le fait de ne pas s'appuyer sur une preuve recevable mais jugée peu convaincante relève de l'appréciation de la valeur probante de la preuve ; on se situe à un stade ultérieur du raisonnement.

Le résultat pratique est toutefois identique dans les deux cas : le moyen de preuve ne sera pas retenu. Le pouvoir d'appréciation du juge est également analogue dans les deux hypothèses. Il va devoir s'interroger sur la fiabilité de la preuve, que ce soit au stade de l'examen de la recevabilité, si elle est illégale, ou de la valeur probante, si elle est légale.

18. L'atteinte au principe du procès équitable. Le juge doit également vérifier si l'obtention de la preuve n'est pas affectée d'un vice qui porte atteinte au principe du procès équitable. Cette démarche pose une question fondamentale : l'irrégularité du mode de réception d'une preuve constitue-t-elle, par principe, une atteinte au principe du procès équitable ?

La Cour européenne des droits de l'homme a clairement répondu par la négative dans plusieurs arrêts⁽⁴⁸⁾. Le dernier en date

⁽⁴⁶⁾ B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken...», *op. cit.*, n° 18 ; M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1103 ; F. KEFER, *op. cit.*, n° 14 ; F. KUTY, *op. cit.*, n° 36 ; Ph. TRAEST, «Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit», *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

⁽⁴⁷⁾ Th. LÉONARD et K. ROSIER, *op. cit.*, n° 6.

⁽⁴⁸⁾ C.E.D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, §§34-35 ; C.E.D.H., 25 septembre 2001, *PG et J.H. c. Royaume-Uni*, §§76-77 ; C.E.D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, §§42-43 ; C.E.D.H., 1^{er} mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, §§85-86 ; C.E.D.H. (gr. ch.), 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, §§89-90 ; C.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, §§41-42, *J.L.M.B.*, 2009, 1928 ; *RABG*, 2010, 5, note SCHUERMANS ; *Rev. dr. pén.*, 2010, 312, note COLETTE-BASECQZ ; *T. Strafr.*, 2009, 289.

(*Lee Davies*) est intéressant en ce qu'il concerne la Belgique et que la Cour était explicitement invitée à se prononcer sur la jurisprudence *Antigone*. Elle a rappelé à diverses reprises que, si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne⁽⁴⁹⁾. Elle doit cependant examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'«illégalité» en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation. Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. En revanche, la Cour a jugé que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention, notamment l'article 3 de celle-ci. Dans les affaires *Jalloh c. Allemagne*⁽⁵⁰⁾ et *Göcmen c. Turquie*⁽⁵¹⁾, la Cour a jugé que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain et dégradant compromettrait le caractère équitable du procès.

Même son de cloche auprès de la Cour constitutionnelle. Par un arrêt du 22 décembre 2010, elle s'est appropriée explicitement la jurisprudence strasbourgeoise⁽⁵²⁾. La

Cour a relevé que l'utilisation d'une preuve irrégulièrement obtenue ne viole pas automatiquement le droit à un procès équitable. Ni l'article 8 de la CEDH, qui garantit le respect de la vie privée, ni l'article 22 de la Constitution, qui tend aux mêmes fins, ne postulent la nullité ou l'écartement systématique d'une preuve qui y porterait atteinte à ce principe.

À nouveau, on s'interroge sur l'adéquation de ce critère aux règles du procès civil. À partir du moment où le moyen de preuve litigieux a fait l'objet d'un débat contradictoire, pourrait-on encore le rejeter pour atteinte au droit au procès équitable? Dans un arrêt du 14 septembre 2009⁽⁵³⁾, la cour du travail de Mons illustre ce propos en décidant qu'un enregistrement par caméra cachée «ne compromet pas le droit au procès équitable dans le chef de l'employeur dans la mesure où il demeure à même de contester la véracité ou la pertinence de la preuve produite, voire d'établir que cet enregistrement viole la sphère de ses intérêts personnels et de revendiquer la protection de l'article 8 de la CEDH par l'écartement de la preuve illégalement recueillie». En d'autres termes, il n'y a pas d'atteinte au principe du procès équitable tant que l'on peut effectivement débattre de la régularité des preuves devant le juge.

19. La preuve déloyale viole-t-elle le droit au procès équitable? F. Kefer a proposé de sanctionner à ce titre les manquements au principe de loyauté⁽⁵⁴⁾. Dès lors, même si un instrument de preuve a été soumis à la contradiction au cours de la procédure, le simple fait qu'il ait été recueilli de manière déloyale pourrait amener à son écartement. Cette approche a fait l'objet de critiques virulentes de la part de B. Allemeersch, qui considère que la loyauté procédurale est un principe autonome, distinct de celui du procès équitable⁽⁵⁵⁾. On ne pourrait donc pas confondre les deux et considérer qu'une

⁽⁴⁹⁾ C.E.D.H., 12 juillet 1988, *Schenck c. Suisse*, §45; C.E.D.H., 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, §34, *J.L.M.B.*, 1998, 1149, obs. KUTY; C.E.D.H. (gr. ch.), 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, §§94-96; C.E.D.H., 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, §163.

⁽⁵⁰⁾ Voy. note précédente.

⁽⁵¹⁾ 17 octobre 2006.

⁽⁵²⁾ C. const., 22 décembre 2010, arrêt 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, 298; *R.W.*, 2010-11, 895.

⁽⁵³⁾ *R.R.D.*, 2008, p. 535.

⁽⁵⁴⁾ F. KEFER, *op. cit.*, n° 16.

⁽⁵⁵⁾ B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken...», *op. cit.*, n° 21.

preuve déloyale peut induire une atteinte au droit au procès équitable. Cet auteur s'étonne d'ailleurs que la Cour de cassation n'ait pas ajouté le critère de la loyauté au test Antigone.

Il est vrai que la loyauté n'est pas habituellement citée dans le catalogue des manifestations concrètes du principe du procès équitable. On cite plus volontiers : la garantie d'accès à la justice, les principes d'égalité des armes et du contradictoire, le respect d'un délai raisonnable, le droit à un juge indépendant et impartial, la légalité des tribunaux, la motivation des jugements, la publicité des audiences, le droit à une exécution effective de la décision... La loyauté et le procès équitable sont-ils toutefois si cloisonnés ? La réponse n'est pas facile à apporter, parce que la loyauté est un concept éthique, qui s'est progressivement vu parer d'habits juridiques⁽⁵⁶⁾. Déterminer son fondement précis n'est pas tâche aisée. En matière civile, il n'est pas (encore) un principe général de droit⁽⁵⁷⁾. Plusieurs auteurs considèrent toutefois que la loyauté est un élément du principe du procès équitable⁽⁵⁸⁾ ou lui est étroitement apparenté⁽⁵⁹⁾. Certains font de la loyauté un des principes directeurs les plus fondamentaux de toute procédure⁽⁶⁰⁾. De même, la loyauté participe au respect des droits de la défense⁽⁶¹⁾. Ce ne sont que des opinions doctrinales. Toutefois, un point d'accrochage entre la loyauté et le principe du procès équitable peut aussi être

découvert dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, au travers du concept d'«équité de la procédure». Il s'agit d'un principe «fourre-tout», auquel peuvent être rattachés des griefs qui ne pourraient normalement pas être repris, sans distorsion des concepts, sous d'autres règles spécifiques du principe du procès équitable⁽⁶²⁾. Ce principe d'équité procédurale a permis à la Cour, à défaut de fondement plus précis, de statuer sur des preuves recueillies par le biais d'une provocation policière⁽⁶³⁾. Or, on peut dire que la provocation policière, dans laquelle les agents, agissant sous une fausse identité, provoquent la commission de l'infraction, est un peu l'archétype de la preuve déloyale en matière pénale⁽⁶⁴⁾. Sur la base de ce principe, on pourrait justifier l'écartement de preuves recueillies de manière déloyale pour atteinte au principe du procès équitable.

Même si on n'a pas recours à ce concept d'équité procédurale, un usage déloyal des preuves peut placer une partie dans une position avantagée, par rapport à la partie qui s'entient à un strict respect de la loi et de la loyauté dans l'administration de la preuve. Cette situation induirait une rupture du principe de l'égalité des armes. Il y aurait alors violation classique du principe du procès équitable.

Il n'est donc pas interdit de sanctionner un mode déloyal de constitution de certains moyens de preuve en invoquant l'atteinte au procès équitable. Mais ce raisonnement ne

⁽⁵⁶⁾ X. DIJON, «La loyauté osmotique», in *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 127 et s.; L. RAISON-RÉBUFAT, *op. cit.*, p. 1197.

⁽⁵⁷⁾ Cass., 5 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, 638. Ce qui ne signifie pas que la Cour ne lui reconnaît aucune valeur : voy. Cass., 14 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, 722.

⁽⁵⁸⁾ M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, «La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme?», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 112.

⁽⁵⁹⁾ P. Taelman, «Loyale procesvoering», in *Propositions de réforme de la procédure civile*, Bruges, La Charte, 2005, p. 125.

⁽⁶⁰⁾ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS *et al.*, *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2009, 5^e éd., n° 541; S. GUINCHARD, «Quels principes directeurs pour les procès de demain?», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 201 et s., spéc. p. 212; G. DE LEVAL, «Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité», *Rev. dr. ULB*, 2007, p. 22; voy. aussi, sur le caractère général du principe : A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Bruges, La Charte, 2009, n° 365.

⁽⁶¹⁾ J. DU JARDIN, «Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation (1990-2003)», disponible sur le site web de la Cour de cassation, p. 49; H. MOTULSKY, «Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile», in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz et Sirey, 1961, n° 13 et s.

⁽⁶²⁾ S. VAN DROOGHENBROECK, *La convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Dossiers du J.T., n° 57, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 223.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, n° 225; voy. C.E.D.H., 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, § 39; C.E.D.H., 6 mai 2003, *Sequeira c. Portugal*, http://www.rtdh.eu/pdf/20030506_sequeira_c_portugal.pdf; C.E.D.H., 7 septembre 2004, *Eurofinacom c. France*, http://www.rtdh.eu/pdf/20030907_eurofinacom_c_france.pdf.

⁽⁶⁴⁾ F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable*, Bruxelles, Larcier, 2006, vol. 1, n° 850.

peut revêtir aucun caractère automatique et le juge devra à chaque fois indiquer en quoi il considère que l'article 6 de la CEDH a été violé.

Dans un arrêt du 2 mars 2010⁽⁶⁵⁾, la cour d'appel de Mons a considéré que, dans le cas d'espèce, le mode de réception des preuves portait atteinte au principe du procès équitable. Il s'agissait d'un cas de provocation en matière civile. La provocation est le procédé par lequel une personne crée elle-même les circonstances qui suscitent le manquement qu'elle est supposée constater. L'Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) reprochait à une personne de se livrer à des activités de courtage immobilier sans être agréée comme agent immobilier. L'IPI avait mandaté un détective privé, qui a procédé à une enquête de voisinage et a appelé l'intéressé par téléphone, en se faisant passer pour un client. La Cour relève que l'intéressé n'a pas été mis en mesure d'identifier la personne rencontrée par le détective et de pouvoir ainsi apporter des éléments de contradiction avec les propos rapportés et, d'autre part, n'a été à aucun moment informé du but réel du coup de téléphone passé par un prétendu amateur dans un contexte relevant de la provocation. La cour d'appel de Mons a relevé le manque de fiabilité de la preuve et son imprécision, motif qui, à lui seul, aurait permis l'écartement de la preuve. La fiabilité parfois douteuse de la preuve par provocation est d'ailleurs reconnue par la doctrine, notamment parce qu'elle ne permet pas d'établir le caractère permanent ou systématique d'un manquement⁽⁶⁶⁾. La Cour a cependant été plus loin et a reconnu que la provocation était contraire au principe du procès équitable. Sans doute s'agit-il d'un raisonnement similaire à celui tenu pour les provocations policières en matière pénale. L'affirmation est toutefois un peu laconique et on aurait aimé en savoir plus sur la motivation.

20. Les critères complémentaires d'appréciation. Examinons à présent les critères complémentaires d'appréciation fournis par

la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 mars 2008.

«Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction».

21. Le caractère formel de l'irrégularité.

Le droit civil de la preuve est peu formaliste en ce qui concerne les procédures d'obtention des preuves (il l'est davantage quant au type de preuve utilisable). Dès lors, les vices constatés seront bien plus des irrégularités de fond (violation d'un principe garanti par la loi, la Constitution ou la CEDH) que des problèmes de forme.

22. Le caractère intentionnel de l'irrégularité. Le caractère intentionnel pourra être pris en compte, non pas dans le chef de l'autorité chargée de la recherche des infractions, ce qui a peu de sens en matière civile, mais bien dans le chef de la partie qui utilise une preuve irrégulière. La bonne foi de cette partie pourrait aussi être examinée. On pourrait imaginer un cas où un courrier couvert par le secret professionnel est arrivé par accident entre les mains d'un tiers et que celui-ci ignorait le caractère confidentiel de la correspondance. En revanche, dans beaucoup d'hypothèses de manquement au respect de la vie privée ou du secret des affaires, l'atteinte sera intentionnelle⁽⁶⁷⁾. Il conviendra alors d'être attentif à ne pas déforer les droits fondamen-

⁽⁶⁵⁾ J.T., 2010, 296, note MOUGENOT.

⁽⁶⁶⁾ B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken...», *op. cit.*, n° 18; D. MERTENS, «Uitlokking, privé-detectives en het bewijs in handelszaken», *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509 et s.; D. MOUGENOT, «Humphrey Bogart au XXI^e siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé», *R.R.D.*, 2008, pp. 242 et s., n° 18.

⁽⁶⁷⁾ S. GILSON et K. ROSIER, «La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte de Pandore», *op. cit.*, n° 4.

taux en admettant trop facilement des preuves qui y portent atteinte⁽⁶⁸⁾.

23. La balance entre la gravité des manquements examinés. Les éléments essentiels sont évidemment la mise en balance de la gravité du manquement et celle de l'irrégularité de la preuve («la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité» et «le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction»). Au-delà de la terminologie malheureuse, on comprend bien l'idée de la Cour. Il faudra examiner la gravité du manquement que les preuves litigieuses doivent établir puis comparer ce manquement à celui qui a été commis dans l'administration de la preuve. Cette appréciation sera très certainement fort liée aux circonstances du cas d'espèce. On ne peut s'empêcher de penser que l'administration de la preuve risque de devenir une loterie, où seront gagnants ceux dont les investigations illégales auront permis de pêcher la preuve de fautes plus graves encore.

Ces critères sont exemplatifs et non exhaustifs (le juge pourra notamment...). Ils sont présentés comme des modalités du test principal de légalité, qui consiste à vérifier l'absence de cause de nullité, d'élément qui décrédibilise l'instrument de preuve ou d'atteinte au principe du procès équitable. En réalité, ces critères pourraient être utilisés de manière autonome. En particulier, la balance entre la gravité des manquements apparaît en définitive, en matière civile, comme l'élément central du pouvoir d'appréciation du juge.

Conclusion

24. L'examen qui précède pose plus de questions qu'il n'en résout. À commencer par la portée exacte de la jurisprudence de la Cour de cassation dans cette matière, compte tenu de la rédaction perturbante de l'arrêt du

10 mars 2008 et de son apparente incompatibilité avec l'arrêt du 10 novembre 2008.

Les avantages et les dangers de cette jurisprudence ont déjà été discutés. Il est clair que l'on quitte le domaine de la sécurité juridique pour entrer dans celui de la casuistique. Ce ne serait toutefois qu'un moindre mal tant que la jurisprudence *Antigone* n'aboutit pas, en outre, à justifier des atteintes sérieuses à la loi et au respect de la vie privée.

Toutefois, ces interrogations ne paraissent pas avoir entravé la mise en application assez systématique de l'arrêt du 10 mars 2008 par les juridictions de fond. On pourrait donc en déduire que la paix judiciaire s'est faite malgré les atermoiements de la Cour.

Il n'en reste pas moins que, si c'est bien la voie dans laquelle il faut s'engager, un travail d'affinement des critères du test Antigone devra être réalisé si on veut transposer efficacement les arrêts pénaux en matière civile. Et c'est vraisemblablement sur la proportionnalité entre les irrégularités et la violation du droit au procès équitable qu'il faudra se pencher essentiellement.

Certains auteurs plaident pour l'exclusion automatique des preuves recueillies en infraction à la loi pénale⁽⁶⁹⁾. Il faut être toutefois attentif au fait que les manquements à plusieurs des lois citées dans le préambule du présent article sont pénalement sanctionnés. Ce critère amènerait donc un écartement assez systématique des preuves. À l'inverse, si aucune loi n'a été méconnue mais que le problème se pose simplement sur le terrain de la loyauté de la preuve, sans doute les modes preuves litigieux seront plus facilement accueillis.

Il faudra également creuser la piste des alternatives à la preuve critiquée. R. Perrot écrit à ce sujet : «la concurrence déloyale ne se fait jamais au grand jour et la preuve devient impossible si l'on ne permet pas à celui qui s'en estime victime d'en percer certaines zones d'ombre qui, à la faveur des technologies modernes, empruntent des voies souterraines»⁽⁷⁰⁾. Il est certains

⁽⁶⁸⁾ S. GILSON, K. ROSIER *et al.*, «La preuve du motif grave», in *Le congé pour motif grave*, Anthemis, 2011, à paraître, p. 61.

⁽⁶⁹⁾ V. PERROCHEAU, *op. cit.*, p. 16; N. COLETTE-BASECQZ, «L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence 'Antigone' sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 335; M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 1108.

⁽⁷⁰⁾ R. PERROT, «Chronique – droit judiciaire privé», *R.T.D.Civ.*, 2007, p. 638.

manquements qui ne peuvent être constatés que par surprise ou par ruse. Mis à part des mécanismes tels que le constat d'adultère ou la saisie description, notre droit processuel ne connaît pas beaucoup de procédures de nature à remplir cette fonction. Donc la personne désireuse de rapporter une telle preuve est laissée à elle-même et doit imaginer les procédés qui lui permettront d'établir les faits contestés. Ces procédés seront souvent mis en cause pour déloyauté. Certaines juridictions sont d'ores et déjà sensibles au fait que la preuve ne pouvait pas être administrée autrement⁽⁷¹⁾.

Terminons en rappelant que, même si la jurisprudence *Antigone* n'existait pas, il serait néanmoins possible d'assouplir les règles qui

gouvernent l'usage des preuves recueillies illégalement, en invoquant la théorie de l'abus de droit. On peut abuser de n'importe quel droit, en ce compris un droit fondamental, garanti par la CEDH. Ainsi, on pourrait considérer que l'invocation du droit au respect de la vie privée ne peut couvrir la commission d'une infraction⁽⁷²⁾. D'autres plaident également pour l'application de l'adage «*fraus omnia corrumpit*» dans cette matière : la personne qui commet un manquement perd son droit à invoquer la protection de certains droits fondamentaux⁽⁷³⁾. On n'a donc pas fini de parler de cette question et le spectre d'Antigone continuera à hanter les juridictions civiles.

⁽⁷¹⁾ Comm. Courtrai, 24 juin 2004, *D.A. O.R.*, 2007, 331; Gand, 16 février 2010, *T.G.R.*, 2010, 258.

⁽⁷²⁾ F. HENDRICKX, *op. cit.*, n° 3.

⁽⁷³⁾ K. WAGNER, *op. cit.*, n° 46.